otro papel en este tomo al fol. 51 -

Sobre vn attentado de los bienes del mayorazgo y succession del 17

3°



POR

DON GABRIEL de Ouando Perero, vezino de la villa de Caceres.

CONTRA

Don Rodrigo de Godoy, como marido de doña Antonia de Ouando su muger.

En Granada, por Bartolome de Lorençana, a la esquina de la calle del Pan, junto a la Real Chãcilleria.
Año de 1627.

Resuponese, que en diez y siete de Otubre de mil y quiniẽtos y quarenta y dos, Pedro de Ouando, y doña Francisca de Paredes su muger, hizieron mayorazgo del tercio y quinto de sus bienes, teniendo cinco hijos, Iuan de Ouando Perero, y doña Sicilia y doña Catalina, doña Teresa y doña Maria de Ouando: y el mayorazgo lo fundaron en cabeça del dicho Iuan de Ouando Perero su hijo mayor, y en sus descendientes, en la forma que en el primer articulo se dirà, y en su defeto fueron haziendo los llamamientos de sus hijos y sus descendientes, por su orden, y a su falta, los colaterales. Por muerte de los fundadores sucedio el dicho Iuan de Ouando, el qual murio, dexando por su hijo legitimo y natural a don Pedro de Ouando Perero, que casó con doña Maria de Ouando, y tuuieron por sus hijos a don Iuan Christoual de Ouando, y doña Francisca de Ouando; y el dicho don Pedro de Ouando casò a la dicha doña Francisca su hija con don Gabriel Arias de Saauedra; y dexando deste matrimonio por sus hijos legitimos al dicho don Gabriel que litiga, y a don Antonio Arias de Saauedra, y a la dicha doña Antonia de Ouando, murio año de 1607. en vida del dicho don Pedro de Ouando su padre, despues della el dicho don Iuan Christoual su hermano; y vltimamente el dicho don Pedro de Ouãdo murio año de 1622. y declarò en su testamento por sucessor legitimo deste mayorazgo al dicho don Gabriel de Ouando Perero: el qual, como nieto mayor de su abuelo, pidio y se le dio judicialmente la possesion de los bienes del dicho mayorazgo, sin que por parte de los dichos dõ Antonio y D. Antonia, sus hermanos menores, se le cõtradixesse y pusiesse mala voz.

Murio

Murio el dicho don Antonio, y auiendose casado la dicha doña Antonia contra la voluntad del dicho don Gabriel Arias su padre, cinco años despues de la muerte del dicho don Pedro de Ouando, y possession que tomò el dicho dō Gabriel, recurrio al Real Consejo la dicha doña Antonia, y intentó el juyzio de la tenuta deste mayorazgo, pretendiendo que por muerte del dicho don Pedro de Ouando, no pudo suceder el dicho don Gabriel, sin embargo de ser el mayor de sus hermanos, por auer de suceder en el mayorazgo de su padre; y ansi fue el sucessor legitimo el dicho don Antonio hermano segundo, y por su muerte la dicha doña Antonia, en quien se auia transferido la possession ciuil y natural. Hizose contradicion por el dicho dō Gabriel, alegando su titulo y possession continua de cinco años: y por autos de vista y reuista se declarò no auer lugar la tenuta intentada por la dicha doña Antonia, y se le mādò siguiesse su justicia, como, y donde viesse que le conuenia.

Y ante la Iusticia de Caceres puso su demanda, concluyendo en ella, se le diesse la judicial y actual possession de los bienes del dicho mayorazgo; y en caso que no huuiesse lugar se hiziessen las declaraciones necessarias, en razon de pertenecerle la sucession. Y por el Alcalde mayor de la dicha villa, y el Licenciado Iuan de Mena su acompañado, en treynta de Diziembre de seyscientos y veynte y seys, se pronunciò sentencia, en que se declarò por legitima sucessora del dicho mayorazgo a la dicha doña Antonia, y se le mandó dar la possession de los bienes del, con los frutos, desde el dia de la contestacion de la demanda; y se condenô al dicho don Gabriel Arias, padre del dicho

don

don Gabriel de Ouando a que los pagasse, conforme a la liquidacion que de ellos se hiziesse.

El mismo dia que se pronunció y notificò esta sentencia, se apeló, y sin embargo se mandò executar la sentencia, y dar la possessión de los bienes del dicho mayorazgo a la dicha doña Antonia, y se le dio con efeto; de que tambien se apelò por el dicho don Gabriel, que truxo el pleyto, y dixo agrauios, y se ofrecio a prouar, y pidio atentado: y visto sobre los dos articulos de prueua y atentado, se reseruaron para difinitiua: y el pleyto està visto sobre los articulos reseruados en difinitiua: y es pretension del dicho don Gabriel, que se ha de recibir el pleyto a prueua, y reuocarse por atentado la possession dada a la dicha doña Antonia: y en qualquier acontecimiento, quando no aya lugar, se ha de reuocar la sentencia del ordinario, y en su consequencia la possession por atentado, para cuyo efeto se fundaràn dos articulos.

El primero, tocante a la justicia principal, en que se prouarà, que el legitimo sucessor deste mayorazgo, por muerte del dicho don Pedro de Ouando, lo fue y es el dicho don Gabriel de Ouando, y que en su concurrencia no tiene, ni puede tener derecho la dicha doña Antonia, ni su hermano.

En el segundo se prouará ser claro el atentado, y deuerse recibir a prueua.

Primer Articulo.

ESte articulo se diuidira en dos partes. En la primera se fundarà la justicia del dicho don Gabriel. En la segunda se satisfarà a las objeciones.

Pri-

Primera parte.

LA Pretension de la dicha doña Antonia en este pleyto es, que sin embargo que el dicho don Gabriel su hermano, es hijo mayor varon de doña Francisca de Ouando su madre, y lo era al tiempo que vacò la sucessiõ por muerte del dicho don Pedro de Ouando su abuelo, no pudo suceder en este mayorazgo, por quanto los fundadores lo condicionarõ en esta forma: *Que si en este mayorazgo viniesse a suceder alguna de las hijas de los fundadores, o en algun tiempo viniesse a hembra por alguna manera, y esta hija, o hembra que sucediesse en el dicho mayorazgo, se casase, o estuuiesse casada con hombre que tuuiesse otros bienes vinculados, en tal caso sucediesse en este mayorazgo el hijo segundo de la dicha hembra, y sus descendientes, en esta forma: que si la dicha hija sucessora tuuiesse hijo segundo varon, que este lo herede, y en defeto de varon, lo heredasse la hija segunda, aunque fuesse el hijo mayor varon, porque no querian que su apellido y armas se confundiesse con otra memoria diferente de la suya.* Y pretende que llegò el caso desta condicion, porque la dicha doña Francisca de Ouando fue hija vnica sucessora del dicho don Pedro de Ouãdo su padre: la qual casò con el dicho don Gabriel Arias de Saauedra, hombre que tenia y tiene otros bienes vinculados, como con las escrituras de las fundaciones lo tiene comprouado, y que ansi es llegado el caso de la dicha clausula, por la qual expressamente està llamada a la sucession la hija segunda, y prohibido en este caso, que no pueda suceder en este mayorazgo el hijo varon primero; sino que lo aya en defeto de varon segundo la hija segunda, con esto

pretende, que tiene literal llamamiento, y literal exclusion ansi mismo el dicho don Gabriel, como hijo mayor de la dicha doña Francisca.

Si en la forma que quiere dar a entender la dicha doña Antonia su justicia, fuera cierta su alegacion, y le correspondieran las clausulas de la fundacion, su derecho era cierto: porque siendo esta fundacion con facultad Real, y de tercio y quinto entre sus descendientes, pudieron libremente los fundadores condicionallo a su modo, prefiriendo los hijos segundos a los mayores, vt probant ad literam Molina de primogenijs, lib. 3. cap. 2. num. 28. Mieres, de maiorátu, 2. parte, quæstione 4. illatione 8. num. 25. & consuluerunt Roland. cons. 59. lib. 3. Cefalus cons. 302. lib. 3. Decian. cons. 7. lib. 1. Dom. Ioan. del Castillo, controuers. lib. 2. cap. 7. & cap. 26. porque en los mayorazgos, la voluntad de los instituydores es la que predomina, aunque sea contra las leyes ordinarias, cap. 1. de duobus fratribus in vsibus fæudorum, cap. si cui de capitulis Conradij, l. 40. Tauri, & l. 5. tit. 7. lib. 5. recop. pero en la fundacion deste mayorazgo, en el caso de la sucessión especial de que se trata, que es la concurrencia de dos viznietos del dicho Iuan de Ouando Perero, hijo mayor de los fundadores, no solo ay llamamiento de la hija segunda de la hija sucessora, y exclusion del mayor, antes ay expresso llamamiento del hijo mayor de la hija sucessora, y no ha llegado el caso dispuesto por los fundadores, para que pueda ser excluso el hijo mayor, y admitido el hijo, o hija segunda de la hembra en quien entrare el mayorazgo: lo qual euidentemente se prueua por lo siguiente.

Lo primero, porque es caso assentado, que este mayorazgo se fundò en cabeça del dicho

Iuan

Iuan de Ouando, y que por ſu muerte ſucedio en don Pedro de Ouando ſu hijo, cuya hija legitima fue la dicha doña Franciſca, nieta por conſiguiente del dicho Iuan de Ouando Perero, y por el conſiguiente tambien ſon ſus viznietos los dichos don Gabriel y doña Antonia que litigan, y en eſte caſo tiene eſpecial llamamiento el hijo varon mayor de la dicha doña Franciſca: para lo qual preſupongo, como al principio ſe dixo, que los fundadores tuuieron vn hijo varon, y quatro hijas, y que en el hijo varon, que fue el dicho Iuan de Ouando, fundaron eſte mayorazgo, y que en primero lugar, y por primera y principal clauſula, al dicho Iuan de Ouando y ſus deſcendientes le dieron la ſuceſsion, y por ſegunda y menos principal a las dichas quatro hijas, y por tercera a ſus parientes colaterales.

Eſto ſupueſto, que es la literal orden de las clauſulas, hallamos, que en la que toca al llamamiento del dicho Iuan de Ouando, y de ſus deſcendientes, que quando el fundador, deſpues de los hijos varones del dicho Iuan de Ouando, llama a la hija del dicho Iuan de Ouando, diſpone, que deſpues della ſuceda preciſamente el hijo varon mayor de la tal hija, vt patet in clauſula, ibi: *Y ſi falleciere el dicho Iuan de Ouando Perero, nueſtro hijo mayor, ſin dexar hijo, o nieto, o viznieto, o otros deſcendientes dellos, que en tal caſo aya y herede, y ſea ſuceſſora deſte nueſtro mayorazgo, y bienes en el contenidos, ſu hija legitima, y de legitimo matrimonio nacida, y deſpues della el hijo mayor ſuyo, de legitimo matrimonio nacido, y deſpues de ſu hijo, ſu nieto mayor legitimo, de legitimo matrimonio nacido, hijo del dicho ſu hijo mayor, y anſi ſuceſsiuamente, en defeto de hijos varones, y ſus deſcendientes varones, la*

hija

hija y los suyos, por esta misma orden declarada, en la persona del dicho Iuan de Ouando de Perero, e de la dicha su hija, para siempre jamas, en todos los sucessores varones y hembras, que segun este llamamiento que aqui hazemos al dicho mayorazgo, en el que huuieren de suceder aora y en todo tiempo, con tanto, que quando fuere hembra, se llame el sobre nombre de Ouando de Perero, como en la persona del dicho Iuan de Ouando de Perero va y fuere puesto y declarado.

De forma, que tratando esta clausula de la sucession del dicho Iuan de Ouando Perero y sus descendientes, dà preciso llamamiento, en defeto de sus hijos y descendientes varones, a su hija, y despues della a sus hijos mayores, mãdandoles que se guarde esta sucessiõ para siempre jamas, en todos los llamamientos que en la dicha clausula ay. Y este es el caso que ha sucedido a la letra, porque murio el dicho Iuan de Perero, y el dicho don Pedro de Ouando su hijo, en quien acabò la varonia, y entrò el llamamiento de la sucession de la hija del dicho Iuan de Ouando, verificandose en la dicha doña Francisca su nieta: porque aunque no fue su hija inmediata, sino su nieta, mediante su hijo varon se comprehendio la nieta, debaxo de la palabra, hija, como se comprehende el nieto debaxo de la palabra, hijo, l. filij appellatione, ff. de verborum significatione, l. filium, ff. ad Macedonianum, l. Senatus Consulto, ff. de ritu nuptiarum, l. 2. §. si mater, ff. ad Tertulianum: lo qual procede llanamente en llamamientos indefinitos de hijos a los mayorazgos, Molina, lib. primo, cap. sexto, numer. decimo octauo, Beccius, cons. 221. num. vigesimo quinto, lib. secundo, donde dize; que quando el testador se retulit ad personas incertas, & ad futurum

turum euentum quando incertum est, an in rerum natura sint futuri filij, an nepotes, entonces el prudente testador vsa de la palabra, hijos, para comprehender aquellos descendientes que fuessen viuos, quando llegasse el caso de la sucesion, aora fuessen del primero, o segundo grado de los hijos: y assi, auiendo llegado el caso de suceder, por defeto de los hijos varones del dicho Iuan de Ouando, nieta suya, el dicho don Gabriel, como hijo mayor suyo, tiene especifico llamamiento, y teniendole especifico en la dicha clausula, es fuerça que se estè a sus palabras, sin que se tome sentido de otra clausula diuersa para su exclusion, l. prima, §. in re, ff. de exercitoria actione, ibi: *Iure igitur dubia, melius est verbis, & dictis seruire*, vbi glossa, verbo, ædicti, ait: *Nota mirabile verbum in dubio esse verbis standum*, l. in his, ff. de condictionibus, & demonstrationibus, l. quoties, in principio, ff. de vsufructu, l. generaliter, §. quid ergo, el segundo, ff. de fideicommissarijs libertatibus, l. si seruus communis, ff. de stipulatione seruorum, Marzarius, consil. octauo, num. sexto, Crauet. cons. 831. numer. decimo sexto, & numer. decimo septimo, Peralta, in l. si quis in princip. numer. 155. con los siguientes, ff. de legatis tertio. Y esto procede mas cierto en España, mediante la disposicion de la ley quinta, tit. 33. part. septima, que dispone, que las palabras de las disposiciones se interpreten como suenan.

Lo segundo, porque esto procede mas llanamente, respeto que el llamamiento especial que los fundadores hizieron del hijo

mayor de la hija del dicho Iuan de Ouando, sucessora en defeto de los hijos y nietos del dicho Iuan de Ouando, corresponde a la disposicion del derecho diuino y humano, y a la vniuersal costumbre de todas las gentes, vt latissime probant Tiraquellus, de primogenijs, in præfactione, numer. 43. y lo dixo la ley vigesima quinta, tit. decimo quinto, part. segunda. Y ansi, todos quantos han tratado la materia donde no ay expressa contraria disposicion, dan la sucession a los hijos mayores, sin que sea necessario que los fundadores se la den, vt copiose per Molinam, lib. tertio, cap. primo, per totum: y ansi concurren disposicion legal, y llamamiento anterior especifico de los fundadores; y concurriendo conforme a el dos hermanos, hijos de nieta del dicho Iuan de Ouando, y hallando en ella especificadamente preferidos y llamados los hijos mayores dellos, como a la letra lo dispone el llamamiento ha de empeçar la sucession, seria preposterar el orden del llamamiento, y admitir los segundos, contra la disposicion de la l. hæredes mei, §. fin. ff. ad Trebellianum, que dispone, que la sucession ha de correr por el orden del llamamiento, y contra la l. si filius, §. cum filius, ff. de bonis libertorum, que dispone, que mientras se hallare persona del primer grado, la segunda no suceda, y la l. Publius, §. secundo, ff. de conditionibus & demonstrationibus, que tuuo por cosa absurda hazer semejante prelacion, donde el testador dio la orden del suceder: y lo mismo dixeron Iuan de Imola, in l. quandiu, la tercera, numer. primo, ff. de acquirend. hæred.

red. Mantica, de coniecturis vltimarum, lib. octauo, titul. decimo octauo, num. decimo nono, & numer. vigesimo nono. Surd. cons. 403. n. 11. vol. 3.

Y es decisiua la l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de legatis secundo, ibi: *Qui nominati sunt*, l. in plurium, ff. de acquirenda hæred. ibi: *Prius a scriptis incipiatur*, l. fin. ibi: *Nulla speciali adiectione super quibusdam personis facta*, C. de verborum signification. eleganter, Caualcanus, decis. decima octaua, num. 108. part. 3.

Lo tercero, porque el dicho llamamiento es especialissimo, por quanto no se contentaron los fundadores con dar la dicha orden de suceder; sino que dispusieron tambiẽ por palabras especialissimas; que en todos los descendientes del hijo varon, o hija del dicho Iuan de Ouando Perero, se guardasse la misma orden de suceder, vt patet, ibi: *Y ansi sucessiuamente, en defeto de hijos varones y sus descendientes varones, su hija mayor, por esta misma orden declarada en la persona del dicho Iuan de Ouando, y de la dicha su hija, para siempre jamas, en todos los sucessores, varones y hembras, que segun este llamamiento que aqui hazemos al dicho mayorazgo, en el huuieren de suceder, aora y en todo tiempo*. Por las quales palabras se dà forma de sucession precisa de sucession en los descendientes del dicho Iuan de Ouando; para lo qual se ponderan las palabras siguiẽtes.

La primera, porque dizen: *Por esta misma orden declarada en la persona del dicho Iuan de Ouando*, que como en el y sus hijos varones, no ay ninguna condicion, para que en ningun

gun tiempo, y en ningun caso, se prefiera el hijo, o hija segunda, anſi ha de ſer en las hijas del dicho Iuan de Ouando Perero, y deſcendientes dellas: porque la palabra, *esta misma orden*, induze omnimoda ſemejança, eſt relatiua præcedentium cum omnibus qualitatibus, Menoch. de præſumptionib. lib. quarto, quæſtione 173. numer. decimo, Rota Roman. in nouiſs. apud Farina. deciſ. 455. numer. ſecundo, Surd. deciſ. 125. numer. primo: y eſta omnimoda ſemejança, diſponen, que ſea perpetua en todas las ſuceſsiones de la dicha ſu hija: porque eſto ſinifica la palabra, *e de la dicha ſu hya para ſiempre jamas*, hoc eſt, ſemper & infinitum, l. ſemper in ciuitate, ff. de iure immuni. l. apud Celſum, §. in hac exceptione, ff. de doli exceptione, Molina, de primogenijs, lib. primo, cap. quinto, numer. 33. Menoch. conſ. 399. num. octauo, lib. 4.

La ſegunda, porque diſponen, *que eſte orden ſe ha de guardar en todos los ſuceſſores, varones y hembras, que ſegun eſte llamamiento que aqui hazen, han de ſuceder*: porque la palabra, *todos*, vniuerſalmente comprehende todos, ſin exceptar ninguno, l. Iulianus, l. teſtatorem, ff. de legatis tertio, l. pediculis, §. Labeo, ff. de aur. & argen. leg. l. hoc articulo, ff. de hæredib. inſtituendis, Tiraquel. in l. ſi vnquam, verbo, totam, nnmer. primo, C. de reuocandis donationibus, Surd. deciſ. 265. numer. 30. Y la palabra, *ſegun eſte llamamiento que aqui hazemos declara*, que ſi no es ſegun el dicho llamamiēto, no ſe puede ſuceder, y es preciſo q̄ ſe guarde aq̄l ordē: porq̄ la palabra, *ſegū*, ideſt, ſicut, es de todo pūto ſimilitudinaria,

l. 2.

l.2.ff.de furtis,l.qua ratione, §.litere, ff. de acquirendo rerum dominio,l.morte,ff.de fideiussoribus,Butr.in cap.pisanis,de restitutione spoliatorum,Bald.in l.edita,C.de ędendo: y la palabra, *este llamamiento*, restringe la forma de sucession de que va tratando, que es de la sucession de los descendientes de la hija del dicho Iuan de Ouando Perero;porque la diccion, iste,ista,istud, es relatiua, illorum qui proximi, & immediatè vocantur, l. isti quidem,ff.quod mętus causa, probat Bart. in l. Gallus, §. instituens,num.3.ad fin.ff.de liberis & posthumis, Decius,cons.217.nume.9.Peregr.de fideicommis.artic.16.num. 25. Bursat. cons. 157. nu.22. lib.2.Y para mas euidencia,y que se entendiesse que esta forma de sucession precisa, siempre que alli se daua era en los descendientes del dicho Iuan de Perero,de quien solo y de per se en la dicha clausula trataua,añadieron la palabra, *que aqui hazemos*,es vna expression y declaraciõ clara,de que no se ha de excederdel orden que alli se va dando,porque la palabra, *aqui*, que es lo mismo que hic, es dicciõ demonstratiua ad oculũ,y se restringe a aquello solo, de que præsentialiter se està hablando, o digito demonstrando,l.nemo,ff.de hæredib.instituend.l. quẽ admodum,§.1.in fin.ff.ad l.Aquiliam,in authẽtico,de incestis nuptijs,§.si verò, & in authentico,de non eligendo,2.nubentes,l.1. vbi Castrẽsis,n.1.ff.de pact.y Bart.in l.1.in princ. ff. de noui operis nunti.Surd. cons.308. num. 16. lib. 4. Thusc.practicar.litera D.concl.260. num.3.

La tercera,porque para denotar, que siẽpre en todos los especies y casos de sucession que en los descendientes del dicho Iuan de Ouando Perero se auia de guardar la orden precisa de maioria de que alli disponian, pusieron tam

bien la palabra, *aora, y en todo tiempo*, denotãdo, que como entonces quando eſtauan diſponiẽdo, era fuerça ſegun aquella clauſula ſucedieſſe Iuan de Ouando Perero, y los demas ſus hijos y hijas a falta del, de eſſa miſma forma en todo el tiempo que adelante corrieſſe auia de ſer lo propio, que eſto ſignifica la palabra, *aora, y en todo tiempo*, que es comprehenſiua del tiempo preſente y del futuro, §. ſed cũ vos, in proœmio, ff. veteris, Rota Romana per Farinac. in nouiſsim. deciſ. 733. num. 4. Barboſa, de clauſulis, clauſul. 50. n. 1.

Lo quarto, porque echando de ver los fundadores, que preciſamente hazian regular la ſucesſion del dicho Iuan de Ouando Perero y ſus deſcendientes, y que no auian de ſer comprehendidos baxo de las condiciones de los llamamientos de adelante, ſe contentaron con condicionarles la ſuceſsion, ſolo conque quãdo entraſſe a ſuceder hembra de la dicha deſcendencia, ſe nombraſſe de Ouãdo y Perero, como en la perſona del dicho Iuan de Ouãdo eſtaua diſpueſto, vt patet, ibi: *Con tanto, que quando fuere hẽbra ſe llame el ſobrenombre de Ouando y Perero, como en la perſona del dicho Iuan de Ouando va y fuere diſpueſto.* Conque reſtringieron y modificaron la ſuceſsion de la hembra, hija del dicho Iuan de Ouando, porque eſte efeto tiene la palabra, cõ tanto que correſponde a la Latina, dummodo, Menoch. de arbitrarijs, lib. 1. q. 86. num. 28. y de nota modo Molina de primogen. lib. 2. cap. 15. num. 28.

Lo quinto, porque ſiendo eſta diſpoſicion y llamamiento eſpecial, es modificado en la hẽbra con la carga del dicho apellido, no eſtà ſugeta a diſpoſicion general, ni por ella ſe deroga ni puede derogar, porque la diſpoſicion general

ral no incluye aquella disposicion especial en q̃ el fundador prouee en vn grado, dando la forma de sucession en las personas comprehendidas en el, l.cohæredi, §.qui patrem, ff. de vulga. l.cum in testamento, §.fin.ff. de hæredib. instituend. Crauet.in respons.pro genero, n.68. laté Zanchus, in l.hæredes mei, §.cum ita, ff.ad Trebel.parti.5.num.121.& p.6.num. 217. Petra de fideicommis.ob pro sub alienat.p.5.n.105. Gabriel, commun.lib.6.tit.de clausulis, conc.9. n. 8.Surd.cons.241.num.29.lib.2. Lo qual se confirma con la glos.verb.decurionibus, in l.decurionibus, C.de silētiarijs, lib. 12. que dize, quod vbicunque dispositio ad alicuius fauorem facta fuit, per quem illi est ius quæsitum, por la derogacion que despues se haze general, no se le deroga, si no es que de aquella disposiciō en la derogacion se haga especial mencion, la qual glossa haziendo della fiesta, llama notable Baldo, in cap.1.§. sancimus, quo tempore miles sequuntur Beroi.cons.146.num.43.lib.3.Beccius cons.208.num.14.lib.2.

Lo sesto conque se califica de todopunto la calidad de la dicha clausula contentiua de le sucession del dicho Iuando de Ouando Perero, y de sus descendientes, porque ygualmente assi en el llamamiento de sus hijos varones, y hijos dellos, como en el de sushijas y hijos dellas, son todos llamamientos personales, y que por su propio llamamiento cada vno sucede, lo qual mas especialmente procede en el llamamiēto de su hija y hijo mayor della, y en su defeto el de su hija, que es el indiuidual caso que oy se litiga, vt patet, ibi: *Y si falleciere el dicho Iuan de Ouãdo nuestro hijo mayor sin dexar hijo, o nieto, o visnieto, o otros descendientes dellos, lo aya y herede su hija legitima del dicho Iuan de Ouando, y despues della el hijo*

mayor

mayor suyo de legitimo matrimonio nacido. Y este llamamiento es nominado, y propio llamamiento, porque sucede por el inmediatamente, sin embargo de que al tal hijo de la hija mayor, no se le diesse nombre propio, y fue lo mismo que darselo, y asi sucede el dicho don Gabriel por su propio llamamiento, y no por representaciõ de su madre, como lo dixo Molina de primogenijs, lib. 3. cap. 6. num. 34. ibi: *Quamuis hæc non tam repræsentatio, quam propria vocatio, ac substitutio censenda sit.* Y lo dixo antes del Paulo de Castro, consi. 174. num. 5. lib. 2. y no es de consideracion, que se refiriesse a llamamiento de hijo mayor, incierto de hija incierta, para que se dexe de tener por propio y nominado llamamiẽto, porque señalò la persona del dicho Iuan de Perero, cuya auia de ser esta hija, madre del hijo mayor a quien daua la sucesion, y en el dicho don Gabriel, hijo mayor de la dicha doña Francisca, nieta del dicho Iuan de Ouando, se verificò como si fuera hija inmediata, vt resoluit Molina, lib. 1. cap. 6. num. 20. ibi: *Quibus adiiciendum est, quod dispositio facta de filio incerto, non ad primum filium, sed ad omnes descendentes extenditur, ita vt dispositum in filio in nepote, & pronepote habeat locum.* Y asi siendo el dicho don Gabriel su hijo mayor, ex propria vocatione succedit, y no por representaciõ, de la misma suerte que si los fundadores conociendole le llamaran por su propio nombre; porque lo mismo es llamar a vno por su propio nombre, que señalarle, cõ calidad que no reciba error, l. certum, ff. si certum petatur, l. nominatim, ff. de condict. & demõst. l. si in rem, §. penult. ff. de rei vendicatione, vbi latè DD.

De donde se concluye, que el dicho don Gabriel de Ouando, como hijo mayor de la dicha

doña

doña Francisca de Ouando, nie[illegible] el dicho Iuã de Ouando Perero, tiene especial, indiuiduo llamamiento anterior al de la dich[illegible] oña Antonia su hermana, por su propia per[illegible] a y cabeça.

Segunda parte.

ESTE derecho de especial y anterior llamamiento pretende la dicha doña Antonia deshazerlo, porque dize, que aunque es verdad, que el derecho del dicho don Gabriel corre en la forma que lo dexamos fundado; pero se ha de entender ser verdadero, y que corriera llanamente, en caso que la dicha doña Francisca se huuiera casado con hõbre que no tuuiera otro mayorazgo en que poder suceder: pero que auiendose casado con el dicho don Gabriel Arias de Saauedra, cauallero que tiene y tenia al tiempo de su casamiento otro mayorazgo, en este caso y sucessión de que se trata no puede suceder el dicho don Gabriel de Ouando, porque literalmente los fundadores en clausula posterior a la del referido llamamiento del dicho Iuã de Perero y sus descendientes, lo dispusieron asi en la clausula, q̃ empieça. *Otro si, queremos y es nuestra voluntad, q̃ si lo que Dios no quiera, &c.* que se pone en el memorial a la letra.

Verdaderamente, señor, que nos admira, q̃ en esta clausula hagan los Abogados contrarios cõ tãta fuerça fundamento de su justicia, q̃ por ella digan, que el dicho don Gabriel tenga notorio derecho de su justicia, y es tan contrario al hecho y derecho que de la dicha clausula resulta, que reuoluto mantelo, por ella misma

 opo-

oponemos a dicha doña Antonia total defecto de su ...icia, quod patet ex sequentibus rationibus.

La primera razon principal es, porque este mayorazgo hasta aora en la generacion del dicho Iuan de Ouando Perero, ni fuera della no ha entrado en hija alguna de los fundadores, ni en otra alguna hembra, que case, o no case con hembra que tenga otro mayorazgo, porque el primero sucessor fue el dicho Iuan de Ouando, y por su muerte don Pedro de Ouando, de cuya sucesion oy se trata, porque la dicha doña Francisca su hija murio muchos años antes que el dicho su padre, y assi de todo pũto estamos fuera de los terminos de la dicha clausula que dispuso, como a la letra della se vee, quando alguna de las hijas de los fundadores tenedoras deste mayorazgo casaren con hombre q̃ possea otro mayorazgo; y el caso nuestro es, de quien ha de suceder al dicho don Pedro de Ouãdo, vltimo posseedor, en cuyo caso la clausula no habla, ni dispone cosa ninguna, quod patet ex sequentibus.

Lo primero, porque los fundadores a la letra disponen en caso que sea tenedora del mayorazgo, hembra que estè casada con hombre que tenga otro mayorazgo, y en este caso proueen, que el hijo ha de suceder a esta tal hembro heredada, vt patet, ibi: *Viniere a heredarlo, y ser sucessora alguna de nuestras hijas.* Et ibi: *O en algũ tiempo viniere en hembra.* Et ibi: *Esta hija, o hembra que sucediere.* Et ibi: *Que si la hija sucessora deste mayorazgo.* Desuerte, que dispone en caso quando actualmente la hija, o hembra ha entrado en el mayorazgo, porque el venir a heredar denota propiedad, y no potencia en la sucesion; porq̃ segun Otomano, de verbis iuris, litera H. verbo,

bo, hæreditas secundo, la herencia actual se difine en esta forma. *Hæreditas est pecunia, quæ morte alicuius ad quempiam peruenit:* y esta palabra, viniere a heredar, lo que corresponde a la Latina, peruenerit, se entiende de bienes entroncados en la persona a quien se dexan, l. aliud 71. ff. de verbor. signific. ibi: *Sicut peruenisse propriè illud dicitur, quod est permansurum*, & in l. peruenisse, eod. tit. y no auiendo hasta aora llegado a heredar, ni ser sucessora deste mayorazgo hembra, falta la calidad, por la regla, que dize, que qualitate non probata, corruit actus ex tali qualitate proueniens, l. 2. §. in eum, ff. ne quis eum qui, l. fulcinius, §. cum hoc, vbi glos. ff. ex quibus caus. l. secunda, §. docere, ff. ex quibus caus. in poss. eatur. Y en tanta forma es verdadera esta, que faltando la calidad, se queda la disposicion en diferente forma, y la haze diuersa, Bartol. in l. si quis posthumo, §. si quis filius in fin. vbi Ias. nu. 51. ff. de liber. & posthum. Imola, in l. hæredes palam, ff. de testam. Crotus, cons. 50. nu. 8. Marsil. sing. 520. Menoch. de arbitrar. quæst. 11. nu. 13. Surd. cons. 179. num. 40. lib. 2. Y por la regla que dize, que no côueniendo al acto de que se trata las palabras de la disposicion, ni su disposicion, tampoco tiene de conuenir, l. ita autem in princ. ff. de administratione tutorum, l. 4. §. toties, ff. de damno infecto, l. mæuia, ff. de manumis. testam. Alex. cons. 50. num. 1. lib. 2. Camilo, in l. si quis maior, n. 19. C. de pactis, Cephal. cons. 331. n. 8. lib. 3.

Lo segundo, porque siendo la disposicion literal, de si el mayorazgo viniere en hembra, q̃ es el caso estrecho de la disposicion, se estiende, y pretende estender a caso, en que no ha venido en hembra, y a vacante, no por hembra, sino por varon, y assi se haze la extension de caso,

so a caso, y de persona a persona; de caso a caso, por pretender suceder muriendo la hembra antes de heredar el mayorazgo; de persona a persona, pues auiendo de suceder el hijo segundo a la madre, se pretende suceda al varõ abuelo, por quien vacò la sucesion, contra la disposicion de la l. sub conditione, ff. de hæredib. instituend. l. si verò, §. de viro, ff. soluto matrimonio, l. sed etsi mortis, ff. de legatis præstãdis, ibi: *Liberis autem, & parentibus, prætor prospexit, non etiam fratre conseruauit legatum.* En cuya cõformidad, para que aya extensiõ del vn caso al otro, y de vna persona a otra, no es bastante, aunque la huuiera la misma razon, Gabriel, communium opin. tit. de fideicommissis, conclus. 6. nume. 5. Aymon, cons. 98. nume. 15. Cephal. cons. 45. num. 21. Roland. cons. 45. num. 41. lib. 4. Seraphin. decis. 880. num. 31. ibi: *Et certè coniectura illaque fundatur in prædilectione filiarum, quodque neptes, non debeant esse melioris conditionis, quam filiæ non est tuta, neque recepta absolutè.* Mejor en la decis. 1216. num. 11. ibi: *Non obstat exclusio propriarum filiarum, quia hæc condictio non facit, vt excludatur neptis, & ratio est manifesta, quia magna est differẽtia inter istos casus, filias enim testator excludit contẽplatione fratruum, sed hic excluderentur contemplatione patruorum, quod est nimis durum; & exorbitans à dispositione iuris.* Y lo mismo resoluio marauillosamente Carolo Ruino, cons. 45. num. 8. vol. 3. ibi: *Et sic quamuis, quo ad matrem; & ad abiam posset sumi dictum argumentum, quia per illud quo ad illas non receditur de nouo à iure communi, quoniam ab illo fuerat, iam recessum per principium eiusdem statuti, tamen quantum ad sororem sumi non debet, quia cũ prius non fuerit exclusa, imò hoc casu vocata per præcedens statutum, si quo ad illam sumeretur argumentum à contrario sensu induceretur, de nouo correctio iuriscommu*

nis,

nis, & statuti, ideò non debet sumi, ex quo satis operatur statutum, quo ad sororem in sensu directo.

Lo tercero, porque hazer la dicha extẽsion, y sacar la disposicion de sus terminos, en este caso no se puede hazer, porque es pretension en exclusion del hijo mayor contra la regla de derecho que le da la prelacion, en cuyo caso Molina de primogenijs, lib. 1. cap. 4. num. 25. resoluio, que no se deuia hazer de ninguna forma, lo qual en los mismos terminos terminantes resoluio Mieres, de maioratu, quæst. 6. num. 103. ibi: *Ex quorum resolutione infertur, quod cum masculus in eodem gradu secundum ius, & Hispaniæ, & aliarum gentium consuetudines excludat fœminam, etiam primo natam, vt latius dixit supra num. 30. si fortè testator exclusit filium primogenitum à maioratu, si ipse primogenitus alium maioratum haberet, & incluserit filium secundogenitum, vel fœminam, quod talis exclusio, cum sit contra ius commune, non porrigitur vltra personas, & casus specificatos.* Y en la segunda parte, q. 4. illatio. 1. nume. 24. dixo, que quando el caso fuesse dudoso, se auia de juzgar por el hijo mayor, ibi: *Ita notandum est in materia maioratus, quod si est dubium, an filius primogenitus sit capax successionis maioratus, & sit lis inter eum, & secundogenitum, vel alios transuersales, in ambiguo præferendus est primogenitus.*

Y no es de consideracion dezir, que se presume, que aunque murio la madre antes de suceder en el mayorazgo de su padre, que se ha de considerar que tuuo la inmediata sucesion, y que para este efeto de la acquisicion se presuma durasse el matrimonio, pues mediante el se ha hecho la acquisicion, porque se satisfaze.

Lo primero, que sin embargo dello salimos de lo expresso y literal de la clausula, y es fuerça se haga la extension, y no se puede hazer,

 como

como lo dexamos prouado.

Lo segundo, que quando murio la dicha doña Francisca, no era inmediata sucessora de su padre, porque lo era don Iuan Christoual de Quando su hermano.

Lo tercero, que no se presume (para la sucession deste mayorazgo en los hijos) que dure el matrimonio, porque todo aquel mayorazgo q̃ el hijo hereda de otro posseedor despues de la muerte de su madre y padre, mediante la filiacion y parentesco proueniente de aquel matrimonio, se llama acquisicion, por sucession, y no por matrimonio: assi lo resoluieron Mieres, 1. p. quæst. 30. in fin. vers. Et ex prædicta regula, y en la nueua impression, parte 1. quæst. 30. num. 84. & 89. & in 2. parte, quæst. 4. illat. 8. nu. 327. & Dominus Perez de Lara, de aniuersarijs, lib. 1. cap. 5. à num. 15. cum seqq. & longiori manu; disputandolo mas latamente Paz de tenuta, c. 57. à nume. 193. cum seqq. donde resueluen, q̃ es muy diuerso caso, vacar la sucession en vida de los padres, a adquirirseles antes del matrimonio, o durante el, porque esta se llama junta por matrimonio, y es sugeta en los mayorazgos de dos quentos a la decision de la l. 7. tit. 7. lib. 5. recop. al caso de la sucessiõ, que muertos los podres, a los hijos les prouiene de sus ascendientes, o otros colaterales, porque esta se llama herencia en su propia cabeça, por sucessiõ, y no sugeta a la disposicion de la dicha l. 7.

La segunda razon principal es, porque como se vee a la letra de la dicha clausula, no es clausula absoluta y de por si, que dá forma general en todos los llamamientos y sostituciones, sino que es clausula, que dexandose afuera el primero, y mas amado grado, condiciona solos los inferiores, y assi no es clausula, ni condicion

cion absoluta, sino limitada a los grados posteriores al del dicho Iuan de Ouando y sus sucessores; assi lo declara la l. quæ conditio, ff. de cõditionibus & demonstr. que dispone, y da la forma de conocer, quando la condicion es absoluta, comprehensiua de todos los grados, o limitada a ciertos grados, y dize ser absoluta, quando es general y comprehẽsiua de todos los grados, y que es particular, quando se aplica a especiales personas, y que no salen de los grados donde estas personas son instituydas. *Quæ conditio ad genus personarum,* (dize el texto) *non ad certas, & notas personas, pertineat eam existimamus, totius esse testamenti, & ad omnes hæredes institutos pertinere, atque conditio ad certas personas acommodata fuerit, eam referre debemus ad eum, duntaxat gradum, quo hæ personæ institutæ sunt.* Y lo mismo dispone la l. 3. § filius, ff. de liberis & posthumis. Y esta misma regla, para conocer qual sea condicion vniuersal, o particular, dan los Doctores en las dichas leyes, y los que longa manu cita el señor don Iuan del Castillo, lib. 3. controuers. cap. 90. num. 42. cum seqq. Desta regla sale el ningun derecho que la dicha doña Antonia tiene para aprouecharse de su efeto de la dicha clausula en este pleyto, por quanto toda ella se cõdiciona en su principio y prefacion, con estas palabras. *Otro si, queremos, y es nuestra voluntad, que si lo que Dios no quiera, por esta nuestra disposicion y llamamiento este nuestro vinculo y mayorazgo, y bienes del ouieren de venir por defeto del dicho Iuan de Ouando Perero, o de su generacion, llamados a este dicho nuestro mayorazgo, viniere a heredarlo, y ser sucessora alguna de nuestras hijas, o en algun tiempo viniere en hẽbra por alguna manera, que esta hya, o hembra que sucediere en el dicho mayorazgo, si se casare, o estuuiere casada con hombre que tuuiere otro mayorazgo, en tal caso queremos, &c.*

De-

Desuerte que el efeto de la dicha clausula está condicionado, que aya de ser (lo que Dios no quiera) en defeto del dicho Iuan de Ouando, o de su generacion, llamados al dicho mayorazgo; y aunque el dicho Iuan de Ouãdo faltó: pero su generacion no ha faltado, porque ambos litigantes son hijos de la dicha doña Frãcisca, nieta, mediante su hijo varon del dicho Iuan de Ouando, y generacion del dicho Iuan de Ouando, propiamente se llaman ambos litigantes, cap. notauit, de iudicijs, vbi Anton. de Butr. in 4. notab. §. hos autem, in auhẽt. de mãdatis princip. cap. statutum, Fœlicis, de hæreticis, cap. 1. de scismatibus, in 6. De tal forma, q̃ aunque desciendan mediante hembra del dicho Iuan de Ouando, adhuc sunt de generatione primi vocati, Paul. de Castr. in l. 1. C. de condit. insertis, Bald. in l. 1. ff. de probat. Corn. cons. 219. num. 6. cum seqq. volum. 2. Curt. iun. cons. 49. num. 4. idem Corn. cons. 51. nume. 4. volu. 3. quæ appellatione generationis, comprehenduntur omnes descendentes, tam masculi, quã fœminæ por sus grados, Decius, in l. fœminæ, n. 65. ff. de reg. iur. ibi: *Regulariter tamen, & generaliter sub appellatione generis, omnes vtriusque generis comprehenduntur.* Et num. 66. ibi: *Et ita est veritas, quod descendentes ex fœminis dicuntur esse de genere.* Alexander, cons. 61. nume. 4. lib. 6. Tiraq. de retract. linagier, §. 1. glos. 9. num. 24. Crauet. cons. 61. num. 3. Pereg. de fideicõmis. artic. 22. nu. 28. Gratian. discept. cap. 295. num. 1. Marta, de succes. legali, 3. p. q. 1. artic. 4. n. 3. Iuan Bautista Valençuela, Supremus Italiæ Senator, cons. 97. n. 92. & 93. que resueluen, que de su propio significado, baxo la palabra, generacion, se comprehenden ygualmente varones y hembras: y assi lo resoluio tãbien Mantica, de ambiguit. cõuen-

uentionib.lib.22.tit.15.ā num.15.cum seqq. refutando cō textos y razones lo que algunos autores dizen en contrario: y en este mismo significado de comprehension ygual de varones y hembras, vsa del la l.2.tit.20.parti.2. como assimismo la palabra, genus, de donde se deriua ygualmente los comprehēde, l.1.2.3.& 4.ff. de liber.caus. Decius, cons.223.nume.3. Tiraquel. de retract.linag.§.1.glos.9.num.236. Surd. cōs. 140.nume.7.lib.1. Y no solo el dicho don Gabriel es generacion del dicho Iuan de Ouando Perero, pero es tambien persona de su generacion, llamado a la sucession del dicho mayorazgo, porque indiuidualmente como hijo mayor de la dicha su madre tiene especial llamamiento, y solo en su defeto la dicha doña Antonia, y assi concurren en el ambas calidades de generacion del dicho Iuan de Ouando, y llamada al mayorazgo.

No auiendo pues llegado el defeto de la otra generacion, sino durando todauia conforme al desseo, y no contra el desseo de los fundadores, porque dixeron, *si lo que Dios no quiera*, no puede auer llegado el efeto de la dicha clausula, aunque la nieta generacion llamada del dicho Iuan de Ouando se aya casado con hombre que tiene otros bienes vinculados, excluso el hijo mayor de la dichageneracion, porque es condicional, a falta del dicho Iuan de Ouando y su generacion: & non aliter nisi deficiēte (hoc est moriente deficere enim idem est quod mori, l.si miles, ff. de militar.testam. y se verifica en la muerte natural, l.Statius, §. Cornelio, ff. de iur.fisci, vbi Bart.& DD. Trentacinq. de substi. 4.p.cap.6.num.1.) dicta generatione vocata, & ingrediente maioratu in inferioribus lineis diuisio maioratus, puede tener lugar en la for-

ma

ma contenida en la dicha clausula puede tener lugar, l. ex facto, §. si quis rogatus, & fi. ff. ad Trebelian. cap. in præsentia, de probationibus, c. 1. de natura succeßsione feudi, ibi: *Omnibus ex hac linea deficientibus*, que hablan en condicion de faltar los hijos, y hasta que falten, non est locus substitutioni, etiam vno solo filio superstite, gl. in l. 1. C. de condit. insert. Alberic. in l. precibus, C. de impub. & alijs substitut. Ancharran. cons. 347. & omnes in hoc concordant, vt testantur Beccius, cons. 370. in princ. Paris. cons. 86. nu. 3. vol. 2. Soci. cons. 55. volum. 3. Bursatus, cons. 1. num. 1. volum. 2. Decian. cons. 93. volum. 3. Alciat. in l. non est sine liberis, nume. 6. ff. de verb. oblig. Menchac. de succes. creat. §. 27. nume. 2. Crauet. cons. 98. num. 5. Roland. cons. 56. num. 9. volum. 3. Surd. cons. 77. nume. 1. & 2. volumine 1.

Lo segundo, porque las dichas palabras, *si lo que Dios no quiera, por defeto del dicho Iuan de Ouando Perero, o de su generacion llamados a este mayorazgo, &c.* son proemiales, y induzē causa final de lo demas dispuesto en la dicha clausula, de tal forma, que si no es verificandose el defeto de la dicha generacion, no puede tener efeto su disposicion, ex vulgari textu in l. fin. ff. de hæredibus instituendis, & ex doctrina Bartoli, ibidem num. 3. quem sequuntur Molina, de primogenijs, lib. 1. cap. 5. num. 21. & seqq. Casanate, cōs. 10. à num. 35. Menoch. lib. 6. præsumpt. 2. num. 12. Surd. cons. 210. num. 28. Y de tal manera induzen causa final, que es como si se huuiera dicho, que de otra suerte, si no es faltando la otra generacion, no querian tuuiesse efeto nada de lo contenido en la dicha clausula, como se prueua en la dicha l. fin. ff. de hæredib. instituēd. que sin embargo que huuo institucion expressa de

otros

otros herederos, bastò para deshazerlos las palabras del principio de la clausula de la institucion, ibi: *Quia hæredes quos volui habere non potui*, vt notant Bart. in l. demonstratio, §. quod autẽ, ff. de hæredib. instit. in l. 2. num. 57. vers. Et nota, C. de falsa causa adiecta legato, Galganeto, de conditionib. & demonstrat. 1. p. cap. 198. nu. 1. & 2.

La quarta razon es, porque las dichas palabras, *que si lo que Dios no quiera, &c.* son condicionales, porque se conciben con la diccion, si, que indubitablemente induze condicion, l. 1. vbi Bartol. & DD. l. quibus diebus, §. quidam Titio vbi DD. ff. de condit. & demonst. l. 1. §. si quis, ff. de verbor. obligat. Mantic. qui plures citat, de coniect. vltim. lib. 10. tit. 5. num. 4. y siendo condicional, hasta que se aya cumplido la condicion, y llegado el caso por defeto de la dicha generacion a entrar este mayorazgo en hembra que case con hombre que tenga otro mayorazgo, no puede auer lugar la disposicion, porque quando es condicional, condictio nisi fuerit ad impleta, nihil ponit inesse, porque ante todas cosas se tiene de verificar, y no se verificando, se deshaze, y no ha lugar lo que en su defeto se manda, l. si mater, §. 1. ff. de vulgari, l. vnica, §. sin autem, C. de caducis tolend. cum similibus, y assi en derecho se verifican estos dos casos, nihil fieri, vel fieri sub conditione, quæ non purificatur, Ripa, responso 2. num. 23. lib. 2. Cephal. consl. 17. num. 6. & consl. 198. nume. 5. Y aquella palabra, *por defeto, &c.* que corresponde a la Latina, *propter defectum*, significat causam immediatam ob quam, los fundadores se mouieron a hazer la disposicion, porque la diccion, *propter* significa la causa de la disposicion, qua cessante, cessat dispositio, l. si propter, ff. rerum amotar.

tar.l.addictio.ff.de acquirend.hæredit.Cardin. Thusc.practicar.tom.2.litera D.concl.346.nu. 1.Menoch.cons.383.num.15.lib.4.y assi es imposible en derecho, que no solo no auiẽdo entrado el mayorazgo en alguna de las hijas, o otra hembra, por defeto de la generaciõ del dicho Iuan de Ouando llamada al mayorazgo, sino estando en pie la dicha generacion, se pretẽda dar efeto a aquello que los fundadores dispusieron condicionalmente, y con execracion en defeto de la dicha generacion, llamada cum á primordio tituli posteriores formentur euentus, Crotus, cons.14.nu.10. Petra, de fideicommis.quæst.6.nu.7.& 8.Cephal.cons. 17. nu. 10. Casanate, cons.2.n.32.

La quinta razon es, porque auiendo sido el llamamiento del hijo segundo de la hembra q̃ casare con hombre que tenga otro mayorazgo, por el defeto de la dicha generacion llamada al dicho mayorazgo, en aq̃llas mismas palabras se le confirmò, y dio a la dicha generacion del dicho Iuan de Ouando, y se les confirmò la sucessión regular que en la primera clausula les auia dado, porque incluye en si la disposicion condicional la contraria; porque lo que se da debaxo de condicion, se quita no cumpliendose, l.si legatum purè, ff.de adimendis legatis, Bart.in l.pater familias, num.2.ff.de hæred. instituend.Castrens.in l.quibus diebus, §. quidã Titio, ff.de condict.& demonstr.Socin.cons.52. num.2.volum.2. optimè Cephalus, cons. 649. numero 28.lib.4.

Segunda oposicion.

¶ Dize la parte de la dicha doña Antonia, q̃ si so-

si solamente los fundadores huuieran en sus hijas hecho la disposicion, fuera a proposito lo q̃ arriba dexamos fundado; pero que fue la disposicion vniuersal en todas las hembras, porq̃ diziendo: *Viniere a heredarlo, o ser sucessora alguna de nuestras hijas*, añadierõ, *o en algun tiempo viniere en hembra por alguna manera, que esta hija, o hembra q̃ sucediere, si casare, &c.* Y asi que en virtud de la dicha palabra, *O en algun tiempo viniere a hembra por alguna manera*, la disposicion se extẽdio a todos los casos inferiores y superiores; sin excepcion de hembra de la generacion del dicho Iuã de Ouando, esta oposicion se deshaze con lo siguiente.

Lo primero, porque las dichas palabras, *Viniere a heredarlo, y ser sucessora alguna de nuestras hijas, o en algun tiempo viniere en hẽbra por alguna manera*, estan inmediatas, vnidas, juntas, e incorporadas entre si, y pendientes de la condicion proemial, *si lo que Dios no quiera, &c.* y asi deshechas las vnas, estan deshechas las otras, como pendientes de vna misma causa, Socin. cõs. 62. num. 7. lib. 3. Parisius, cons. 18. nume. 7. Zancus, in §. cum ita, 2. par. num. 881. Conanus, lib. 9. c. 7. litera B. & C. Y siendo la cabeça de ambas las dichas palabras condicionadas el defeto de la dicha generacion, ambas ygualmente se determinan por la dicha condicion: terminatio enim plura terminabilia, respiciens pariformiter omnia determinat, l. iam hoc iure, ff. de vulgari, l. Lucius, l. quamuis, l. hæreditatem, C. de impuberum, Castrensis, cons. 164. num. 2. lib. 1. Iason, cons. 45. num. 9. lib. 3. Menoch. cons. 931. num. 12. lib. 10. Surd. cons. 77. nume. 4. & nu. 18. & 19. qui loquitur in terminis, & concludit istã regulam esse veram in vnitis, & inseparatis, & cons. 242. n. 7. lib. 2.

Lo tercero, porque las dichas palabras, *o en algun tiempo viniere en hembra por alguna manera,* no son, ni pueden ser comprehensiuas de las hembras de la generacion del dicho Iuan de Ouando, sino extensiuas, y comprehensiuas a las demas hembras de la generacion de las dichas hijas de los fundadores, y de los colaterales inferiores a ellas; porque las palabras, *en alguna de nuestras hijas,* supuesto que a todas quatro las dexaua nombradas, son restrictiuas dellas, sin que comprehendiessen otras hembras, porque aunque appellatione filij, indefinitamẽte preferida, se comprehendan los nietos, y demas descendientes: pero quando se refiere a hijo cierto y viuo, no comprehende mas de aquella persona, y el nombre de hijo no es visto darsele el testador, para comprehender tambien sus descendientes; y esta regla para conocer quando el nombre de hijo sea personal, la da Francisco Beccio, cons. 221. nume. 23. lib. 2. ibi: *Vbi testator se retulit ad personas incertas, & ad futurum euentum quando incertum est, an in rerum natura sint futuri filij, aut nepotes; tunc prudens testator vsus est, verbo, filiorum, vt omnes liberos amplecterentur, qui in rerum natura futuri essent tempore euenientis cõditionis, siue illi primi, siue vlterioris essent gradus, at si referens se ad certam personam secundi gradus, si eã nomine fily compelas, & nimis improprie auusus fuisset nomine fili.* Desuerte, que solo en la palabra, *alguna de nuestras hijas,* se comprehendieron las quatro que actualmente tenian los fundadores, y dexauan substituydas por sus grados en defeto del dicho Iuan de Ouando, y su generacion, y como destas hijas pudiessen produzirse, andando el tiempo otras, y assimismo de los colaterales substituydos tambien en defeto de las dichas hijas, y sus descendientes, para

com-

comprehender todas estas hembras, que podian suceder a falta de la generacion del dicho Iuan de Ouando, no para comprehender en ella las hembras de la generacion de el dicho Iuan de Ouando, sino para comprehender todas las demas hembras que en defeto de la dicha generacion pudiesse suceder en el dicho mayorazgo demas de las hijas de los fundadores, pusieron las dichas palabras.

Este es el sentido claro, liso, y llano de las dichas palabras, sin contradicion, ni repugnancia ninguna; porque no se compadece, que siẽdo las hembras descendientes del dicho Iuan de Ouando tan ygualmente generacion del dicho Iuan de Ouando, como los varones, y teniendo su llamamiento en vna misma clausula, tan especial y señaladamente como los varones, que estando en defeto de la dicha generacion concebido el caso de la sucession de alguna de las hijas, o otra hembra, que en la palabra, hembra, se comprehendiesse tambien las hembras de la generacion del dicho Iuan de Ouando; porque si la muerte, y defeto de aquella generacion, auia de ser causa de la sucesion de las hijas, y venir a ellas, o otra qualquier hembra el mayorazgo, para que casada con hombre que tuuiesse otro vinculo, sucẽdiesse el hijo segundo; no se compadece, que su defeto sea la causa de su exclusion, y que ella misma sea comprehendida en la contraria disposicion, porque dos contrarios no pueden estar en vn sugeto; & mutuo se expelunt, l. si inter me, & te, ff. de rei vendicatione, Neuizanus, consil. sexagesimo sexto, numero quinquagesimo primo. Surdus, consil. sexagesimo septimo, numero quadragesimo secundo, libro secundo: Quia quando præcedentia repugnant,

con-

contrariaque sunt sequentibus, de lo inferior, a lo superior, no se toma argumento, ni correccion, Iason, consil. nonagesimo septimo, numero quarto, volumine primo. Socinus Iunior, cōsil. 81. n. 20. vol. 3. Beroi. cōs. decimo quinto, volumine tertio. Gregor. Lopez, glossa quarta, in l. nona, titulo septimo, part. sexta. Surd. consil. 573. numero trigesimo tertio, donde pone estas palabras decisiuas a la letra del caso deste pleyto. *Vocatio itaque masculorum ex prima vxore, non includit masculos ex filiabus, de quibus fit infra specialis dispositio. Secundò, quia si masculi ex ipsis filiabus vocantur omnibus supra dictis masculis deficientibus, ergo de eis verificari non potest dispositio supra facta de masculis, non enim possunt simul stare, quod defecerint, & quod succedant: fatendum est itaque, quod alij sint masculi, qui debent deficere, vt descendentes filiarum succedant. Alij verò qui debent succedere: defectus namque ponit mortem, & successio supponit vitam, mors autem, & vita esse non possunt in vno, & eodem subiecto, tanquam contraria, sed mutuo se expellunt.*

Lo quarto, porque auiendo los fundadores dicho, que si por el dicho defeto viniesse a heredar alguna de sus hijas, o en algun tiempo viniesse en hembra en alguna manera, esta otra hembra de quien aqui hablan, es fuerça que se entienda hembra de aquella misma calidad y orden y grado de sus propias hijas, y no del superior y antecedente grado de la generacion, en cuyo defeto ha de venir a ellas la sucesion, l. quidā relegatus, ff. de rebus dubis, en el qual texto se dispone, q̃ la calidad de la persona incierta de la disposicion, se ha de regular por la cierta nombrada en la misma disposicion, l. 3. vbi glossa, C. de seruis fugitiuis, cap. sedes, de rescriptis, y si vniuersalmente huuieran los

los fundadores de comprehender tambien las hembras de la generacion del dicho Iuan de Ouando, exceptada, y especialmente llamada con llamamientos regulares superfluamente, en el principio desta misma clausula huuieran exceptuado su generacion, y mas superfluamẽte por modo de condicion dezir, si por su defeto viniesse el mayorazgo en alguna de sus hijas: porque superfluas vendrian a quedar todas las dichas palabras y condiciones: si por el adiunto, *o en algun tiempo viniere en hembra por alguna manera*, se comprehendiessen las hembras vniuersalmente, descendientes de la generaciõ de los dichos fundadores, pues era mejor dezir solamente, si en algun tiempo viniere este mayorazgo en hembra por alguna manera; palabras, que puestas absolutamente, y en clausula de por si sin alguna dependencia, comprehendian todo genero de hembras, por corresponder la palabra, por alguna manera, a la latina, aliquo modo, diccion vniuersal, vt probat Tiraquel. in l. si vnquam, verbo, omnia, num. 15. ad medium, C. de reuocand. donation. Y palabras superfluas, ni ociosas, no se han de admitir, sino que cada palabra obre y tenga su sentido, reduziendola a concordia, sin que se le dè entendimiento que obre superfluidad, quod generaliter procede en todo genero de disposiciones entre viuos y testamentarios, Socin. cons. 33. n. 14 vol. 1. & cons. 2. n. 8. vol. 4. Deci. cons. 414. nu. 2. & cons. 626. nu. 7. donde dize, que ni vna silaba tiene de abundar, latissime prosequuntur Craueta, responso pro genero, nu. 46. & sequentib. Surd. cons. 127. n. 9. cum seqq. y assi es fuerça, q̃ a cada palabra se le dè virtud de obrar, y que sea el sentido forçoso desta clausula, que el mayorazgo corra regular en toda la generacion; y

que si por defeto suyo entrare en alguna de las hijas de los fundadores, o en otra qualquier hembra, en qualquier tiempo que sea, en defeto tãbien de la dicha generacion, passando esta tal hija, o hembra, en la forma referida en la clausula, suceda el hijo segundo, y dandole otro sentido, se cae en el vicio de la repugnancia, en la razon ponderada, y en el de la superfluydad q̃ en esta ponderamos.

Lo sexto, porque especialmente hallamos proueydo el caso de la sucession de la generacion del dicho Iuan de Ouando, y con particular especialidad, de que si entrare en hija suya, suceda su hija segunda, y no solo en afirmatiua, sino en condicional del defeto de la dicha su generacion llamada, fecho el dicho llamamiento calificado de la hembra que en algun tiempo sucediere; y en este caso, la dicha palabra de la *hembra que en algun tiempo por alguna manera sucediere*, aunque mas vniuersal sea, no comprehende, ni deroga, ni puede derogar el llamamiẽto anterior y especial de la generacion del dicho Iuan de Ouando, aunque no lo huuiera condicionado en su defeto: porque las palabras generales inferiores de la especial disposicion, obrã en los otros casos generales que pueden suceder; pero no en aquel anterior especial, donde està dada la forma de sucession, l. si quis a filio, ff. de leg. 1. Bart. in l. talis scriptura, §. fin. ff. de legat. 1. ibi: *Si in præcedentibus erat specialiter prouisum, circa id quod continet clausula de qua tractatur*, vbi Paul. de Castr. n. 8. Alexand. n. 10. Menochi. de præsumption. lib. 4. præsumpt. 181. n. 6. Decian. consl. 102. n. 10. vol. 2. melior omnibus Sur. consl. 241. n. 29. lib. 2. ibi: *Item illa verba, il parenti piu propinquo a la mia linea, non possunt referri ad descendentes ex domino Christophoro, vel eius fratribus,*

tunc

tunc quia testator iam de eis disposuerat qualiter debe-rent venire ad maioratum vocando secundo genitum, quando linea masculina defecisset, deinde vero Bartholomæum fratrem, quando non extarent filij, ex domino Didaco, & generalis clausula in fine posita, non refertur ad eam, de quibus facta est specialis prouisio: tunc vero, quia non conueniunt filij sit fratribus, il parenti mas propinquo, nam expresse filios, & fratres vocauerat: para lo qual es expressa la l. legatorum petitio, §. qui plures, ff. de legatis 2. de la qual dicha ley vino Alberico y Peralta sacassen este sumario: *Præceptum speciale præcedens restringit, & limitat præceptum generale, & indistinctum sequens:* para lo qual ansi mismo son especiales las palabras del cap. cum dilecti de donationibus, donde se dispone, que la clausula final de la donacion cõdicional, no se refiere a la anterior libre y pura.

Lo setimo, porque son decisiuos deste pleyto, sin que puedan tener respuesta la l. hæres meus 100. §. duæ statue, ff. de legat. 3. y la l. 1. in princ. vers. Si duæ statue, ff. de auro argentoque legato, donde vn testador a vn legatario le mãdo dos estatuas de marmol: y luego todo el marmol q̃ tenia, y se decidio en aquellas leyes, que no se comprehendian en el legado general de todo el marmol, las estatuas de marmol q̃ el fundador tenia, y que solas las dos que en el especial legado se comprehendia; leyes excelentes que determinã el pleyto: porque los fundadores, a las hijas del dicho su hijo, con nombre especial de hijas las llamaron, y a su hijo mayor della, y cõ nombre ansi mismo especial de hijas, a las quatro que los fundadores teniã, las llamaron, y con el mismo nombre especial de hijas les condicionaron a ellas la sucesion, quando lo que Dios no queriendo, por defeto de la dicha generaciõ, heredasse el mayorazgo

alguna

alguna de las dichas sus hijas, en cuya consequē cia el nombre generico de hembra no pudo cō prehender las hijas del dicho Iuan de Ouando, ni las hijas de los mismos fundadores, a las quales especialmente auian puesto la dicha condicion: porque la disposicion general subsiguiente, no comprehende la especial anterior, como se manifiesta en la dicha l. 1. ibi: *Item, si duæ statue marmoreæ ibi, & deinde omne marmor legatū est: præter duas nulla statua marmorea legata est tibi.* De forma, que primero se legò cō especialidad de calidad conocida, dos estatuas de marmol de muchas que el testador tenia, y luego sin calidad todo el marmol vniuersalmente, y la especialidad precedente hizo, que todo aquel marmol que tuuiesse calidad de estatuas, no se cō prehendiesse en el legado general del marmol: y aunque loquuntur in rebus, & nō in personis, vale el argumento de persona ad rem, l. qui furore, vbi Alberic. & Bald. notant, ff. de stat. homin. l. si quis inquilinos, §. si ita, ff. de leg. 1. Euerard. in loco a persona ad res, es a la letra, como dicho es, nuestro caso, porque los fundadores, con nombre especial de hijas, sin ninguna calidad llamaron a las del dicho Iuan de Ouando, y le sostituyeron precisamente sus hijos mayores, y luego cō nombre ansi mismo especial de sus hijas, fueron sostituyendo las quatro que tenia, y en defeto de la generacion llamada del dicho su hijo, mandaron, que si en alguna de sus hijas, o en hembra, o en alguna manera, viniesse este mayorazgo, &c. Y ansi esta palabra indifinita vniuersal de hembra, no puede comprehender las hembras, que con nombre especial de hijas dexa sostituydas, excepto a las que cō el dicho nombre puso la condicion; y es fuerça y necessario entendimiento, que comprehēda

las

las otras hembras vniuersalmẽte, y no las que con calidad de hijas, y no de hembras dexã los fundadores instituydas; como tambien en los mismos terminos de institucion de padre y hijo, lo determinò el Consulto Papiniano, in l. cohæredi 12. §. qui patrem, ff. de vulg. donde el testador instituyò a vn padre, y avn hijo en parte por herederos, y los substituyò el vno al otro; y auiendo su demas hazienda distribuydo la entre otros coherederos; ita scripsit hos omnes inuicem substituo: dudose, si por auer vsado el testador en la vltima substitucion desta diccion vniuersal, omnes, comprehendio la especial anterior del padre y hijo, vel vteros cohęredes solum, y resuelue que no, y dá la razon, ibi: *Quod magis verisimile videtur, propter specialem inter patrem & filium substitutionem*. Y biẽ se echa de ver ser esta razon indubitable, pues siendo las hijas del dicho Iuan de Ouando preferidas, y en anterior institucion puestas a sus propias hijas, que de derecho se presume menos amado lo substituydo, en postrero lugar condicionasse sus hijas, y no las del dicho Iuan de Ouando, que las dexaua preferidas, y assi lo hecho con especial nombre en lo menos amado, y omitido, y no hecho en lo mas amado, de que especialmente con nombre de hijas de su hijo, en defecto de cuya generacion proueya el caso de quando llegasse a suceder alguna de sus hijas, ni hembra en alguna manera, y no hecho en las hijas del dicho Iuan de Ouando, manifiesta la diuersidad del vn caso y del otro: cum voluntas contraria, tam ex facto, quam ex non facto colligatur, l. quæsitum, §. sicut autem, ff. de pecul. Mascard. concl. 1422. num. 41.

Conque queda llano sin ningunadificultad, que las dichas palabras: *O en algun tiempo viniere*

en hembra por alguna manera, comprehendio las demas hembras descendientes de las hijas de los fundadores, y no las hijas del dicho Iuan de Ouando Perero, y de su generacion, de cuya sucession especialmente dexaua dispuesto.

Tercera oposicion.

OPone la dicha doña Antonia, q̃ no solo los fundadores condicionaron el dicho llamamiento, pero que expressaron la razō dello por estas palabras, porque no queremos que este apellido y armas se confundan con otra memoria diferente desta, conque por el mismo caso si al contrario fiziere, pierda, y aya perdido el dicho mayorazgo, y passe al siguiente en grado, y a sus descendientes en la forma susodicha.

Las dichas palabras no obran cosa ninguna en fauor de la dicha doña Antonia, por lo siguiente.

Lo primero, porque son palabras finales de la dicha clausula, la qual en su principio està cō dicionada con las referidas palabras. *Si lo que Dios no quiera, por defeto del dicho Iuan de Ouando, o de su generacion llamados a este mayorazgo, &c.* Y mientras no faltare esta generacion, no puede auer lugar lo que en ella se dispone, porque siē do aquello primero, y proemial condicion, incluye en todo lo subsiguiēte, y se rige della, glossa, verbo, commendanda, ibi: *Sequentia propter præcedentia intelliguntur*, in l. quoties, C. familiæ ercifcundę, Bart. in l. quisquis, ff. de legat. 3. Curtius senior, cons. 63. nume. 16. Decianus, cons. 1. num. 150. volum. 2. Beroius, cons. 150. num. 14. vol. 2. de quo est textus, in l. alumne, §. qui filias ff. de adimendis legatis, ibi: *Respondit non a tota*

vo-

voluntate recessisse videri, sed his tantum rebus, quas reformasse. Desuerte que las dichas palabras se rigen como todo lo demas del defeto de la dicha generacion, y hasta que falte, como no obran los llamamientos intermedios, no obra esta razon dellos.

Lo segundo, porque las dichas palabras solo son explicatiuas de la razon de auer llamado los fundadores los hijos segundos de las hembras que sucediessen en defeto de la dicha generacion, y quando el fundador expressa la razon, porque haze la disposicion, no es visto estenderla, ni sale de sus meros y propios terminos, l. cum alimenta, §. qui fratres, ff. de alimentis & cibaris legatis, ibi: *Illam autem adiectionem, vt habeant vnde se pascant magis ad causam prælegandi, quam ad vsumfructum constituendum pertinere*, l. species auri, ff. de auro & argento legato, l. cum hi, §. si vni, & quæ ibi notatur, ff. de transactio. l. 2. C. de iure dotium. Leyes que disponen, que la razon no estiende la disposicion, & optimé Peregrin. de fideicommiss. artic. 14. num. 22. versic. Sed neque ista argumentatiua ratio, que se suelue, que la razon por mas general que sea, se restringe a ampliar solo los terminos de su disposicion, y que no sale, ni puede salir dellos, y en aquello lo dispone con mas amplitud: pero que no amplia el fideicommisso; y assi siendo los terminos de la disposicion desta clausula, condicional es en defeto de la dicha generaciõ, esta razon no puede ampliar la disposiciõ fuera de sus mismos terminos, y en contrario dellos: y la razon es, porque si la razon ampliara esta disposicion, fueran contrarios a si misma, vt concludunt Decius, cons. 636. nu. 12. Rolãd. cons. 34. num. 65. volum. 4. Alciato, cons. 479. num. 20. Alexand. cons. 59. in fin. volum. 3. Rui.

cons.

conf.127.colum.penult. verf. Quandoque, & 3.volum.2.Cephal.conf.17.numer.24. & conf. 477.n.17.

Lo tercero, porque la razon, y las dichas palabras obrarán quando llegue fu cafo; pero no pueden obrar en el prefente, porque los fundadores no quifieron la diuifion en la generacion de fu hijo, y la quifieron en las de fus hijas, y demas hembras, porque no es inconueniente, q̃ en fu mifma defcendencia, aunque fea la mas amada en vnos, pongan los padres la condiciõ irregular, y en otros no: como lo dixo efpecialmente Socin.iun.conf.13.numer.26. lib. 2. ibi: *Quod fi quæratur cur tam varie in perfonis defcendentium intelligi debet difpofitio, confiderando mafculinitatem in perfonis nepotum, & pronepotum, & non in vlterioribus: refponderi poteft, quod teftator confiderando defcendentiam, & pofteritatem fuam in longum tẽpus producendam, nolluit femper, & in infinitum mafculos admitti exclufis fœminis, fed primum illud requifiuit in filijs, & nepotibus.*

Lo quarto, porque la dicha razon no folo no obra, antes ceffa en el cafo prefente, porque aũque el dicho don Gabriel es hijo de cauallero que tiene otro mayorazgo, el no lo tiene, ni poffee, y afsi en fu perfona el apellido y armas de los fundadores no eftá confundido cõ otra memoria diferente, y ceffando como ceffa en el la dicha razon, ceffa fu difpoficion, l. quod dictũ, ff.de pact.l.adiger.ff.de iur.patronat.l. in omni vbi Bart.ff.de adoctionib.l.licèt, §.ea obligatio ff.de procurat.l.actiones, §. item fi alicuius, ff. pro focio, cap.cum ceffante, de appellationib. Curti.iun.conf.12.nume.10.Bart.in l.1.§. huius rei, ff.de officio eius. Tiraquel.in tract. ceffante caufa, 1.p.nu.125. cum feqq. Euerard.in loco à ceffante ratione, n.1. cum feqq.Surd.conf.214.

num.

num.11.lib.2. Y entonces huuiera lugar, quando en su persona se hallara confundido el apellido y armas de los fundadores con otra memoria, y en quien mas confundida se halla, es en la dicha doña Antonia, que se halla casada con cauallero estraño de su familia, y posseedor de otro mayorazgo, porque la muger casada transit in alienam familiam, y es fin de la suya, y principio de la del marido, vt satis erudite cõprobat Tiraquel. in l.1. connubiali, glos. 1. p.1. á num.1. cum seqq. Molin. lib.3. c.5. á nu.2. cum seqq. in tantum que se llame fin de la del padre, y principio de la familia del marido, l. pronuntiatio, §. familiæ, ff. de verb. sign. l. Iurisconsultus, in princ. ff. de gradibus, l. aduersus, C. de crim. expilat. hæredit. Y la pena que los fundadores ponen al que con otra memoria confundiere su nombre y apellido, es passar el mayorazgo al siguiente en grado, de lo qual no ha llegado el caso, pues el dicho don Gabriel no tiene mas deste mayorazgo.

Lo vltimo, porque por necessario entendimiento de la dicha clausula, se colige, que no de otra suerte el hijo segundo aya de suceder, si no es auiendo el hijo mayor sucedido en el mayorazgo de su padre: pero no estando desembaraçado del; porque la clausula no dize simplemente, que no suceda en este mayorazgo el hijo mayor, sino estas palabras: saluo que no lo pueda auer el mayor sucessor del otro vinculo: en este caso queremos, que aunque sea hembra, la segunda hija lo herede, aunque sea el hijo mayor varon; deforma que para que la hija segunda excluya al hijo mayor, ha de ser este tal hijo mayor sucessor del otro vinculo. Pretende la dicha doña Antonia, que por esta clausula tiene prelacion a su hermano varõ mayor;

y supuesto que la prelacion al hijo mayor suces
sor del otro mayorazgo no ha llegado el caso, porque el dicho don Gabriel no es sucessor del mayorazgo de su padre, ni de otro. Esta razon consiste en la interpretacion desta palabra, *sucessor*, de q̃ en tres partes en esta clausula vsan los fundadores: porque por derecho, y por necessario entendimiento la misma clausula esta palabra, *sucessor del mayorazgo*, significa actual sucesion y tenencia del mayorazgo, y no esperança de suceder mayorazgo que tiene viuo el tenedor y posseedor del, y se prueua por lo siguiente.

Lo primero, porque segun las buenas letras la palabra, *suceder*, que significa aquel que està en possesion, y tiene lo q̃ ocupò otro, Virgili' Eneidarum 4. *Quis nouus hic nostris succesit sedibus hospes.* Cicero, lib. 3. officiorum, ibi: *Vt veros hæredes moueat, vt in eorum locum ipse succedat.*

Y asi desta palabra Latina, *sucedo*, se deriua la palabra, *sucessor*, como lo deriua Calepino, verbo, *sucedo*, vers. *Inde successor*: y en la palabra, *sucessor*, dize, que sucessor se llama aquel que a otro ha sucedido: y para prouar, que sucessor, y heredero es todo vno, trae el verso de Marcial, lib. 9. epig. 48

Sic quasi pitagore loqueris successor & hæres.

Lo segundo, porque en derecho esta palabra, suceder, y sucessor, y sucesion, que todo es vno mismo, significa propiamente la sucesiõ abintestato, ya diferida por la muerte del que primero la ocupò, y no la esperança. l. 2. §. si filius, ff. de suis & legitim. hæred. l. 3. C. eodem, adonde se llama sucesion aquella, que vacãte el primer grado la ocupa el substituydo en su lugar, y asi la llaman Cast. Ias. Roland. y otros que cita, Surd. cons. 81. num. 1. y asi tambien la herẽcia

cia se llama sucessión en el derecho que el difunto tenia, l. hæreditas 62. ff. de regulis iuris, l. nihil est, l. bonorum 24. ff. de verbor. signif. Y assi heredero y sucessor es lo mismo, y ambos tienen vnos mismos efetos, l. qui per successioné, ff. de regul. iur. l. quædam, §. nihil, vbi Alexand. ff. de ędend. Desuerte que herencia y sucessiõ es lo mismo, y siendolo heredero y sucessor, y no es otra cosa ser vno heredero y sucessor, que ser señor, §. vltimo, institutis, de hæred. qualitate & differen. y como correspondientes las palabras tienen el mismo sentido y efeto, como se vee en la rubrica, y la l. 1. ff. & C. de successorio ędicto, y en la l. 6. tit. 7. lib. 5. recop. ygualmẽte llama herederos y sucessores a los que hã sucedido en los mayorazgos, librandolos de la paga de lo gastado por su antecessor en las casas del mayorazgo en que han sucedido, y la dicha ley tiene por sumario estas palabras: *El sucessor en el mayorazgo no sea obligado a pagar a la muger y hijos cosa alguna por lo edificado en las fortalezas, cercas, o casas del mayorazgo.* Y Molina de primogenijs, lib. 1. cap. 5. nume. 34. llamò sucessores a los tenedores de los mayorazgos, y en el cap. 9. y 10. del dicho libro, tambien en suma dellos a los tenedores llamò sucessores, porque en el cap. 9. propone la question, si el sucessor del mayorazgo puede por ingratitud ser desheredado, y priuado del; y en el dezimo, si el tal sucessor está obligado a pagar las deudas del predecessor: y ninguno en vida tiene sucessor, l. quia viuus successorem habere non potest, l. 1. ff. de hæreditat. vel act. vendit. l. neminem, l. qui super istis, ff. de acquir. hæreditat. l. 1. ff. pro hæred. Bart. in l. Gallus, §. etiam si parente, ff. de liber. & posthum. Ias. in Rubrica, C. qui testam. facer. pos. y en los mismos terminos que vamos ha-

hablando, Cephal.conf.312.num.30. dize, que sucessor del mayorazgo solo se llama aquel q̃ actualmente ha sucedido: y esto es lo que Seneca Scocin, Cornelio Tacito dixo a Neron, q̃ ninguno auia muerto, ni podia matar a su sucessor.

Lo tercero, porque los fundadores en la dicha clausula la dicha palabra la tomaron, no por la esperança, sino por lo actuado, tenencia, y sucesion, como se vee, ibi: *Viniere a heredarlo, y ser sucessora,* donde precisamente se entiende la actual tenencia, pues ninguno viene a heredar, y ser sucessor del mayorazgo de que otro es tenedor, hasta que muera el tal tenedor, l.1. §.si impubere, in fin.ff. de colatione bonorum, l.fin.C.de pactis, Cephal.in terminis, d.consil. 312.num.80.& conf.526.nume.66.lib.4. Surd. conf.574.num.4.lib.4. y quando fuera equiuoca la palabra, *sucessor*, que comprehendiera tã bien al sucessor en esperança, auiendo los fundadores en lo anterior tomado la palabra, *sucessor*, por la real tenencia; en esta parte es fuerça se tome tambien, Bart.in l.Centurio, num.27. ff.de vulgar.Mantic.de coniect.lib.6.tit.13. nu. 5.Graffus, de succesionib.§. testamentum, q. 76.num.21. Y no puede caer en buena razon, que diziendo los fundadores, que no querian q̃ el hijo mayor sucessor de otro mayorazgo sucediesse en el suyo, sino que se le prefiriesse la hija, porque su memoria no se confundiesse con otra, que no siendo el hijo mayor varon tenedor de otro mayorazgo, sin estar confundida la memoria de los fundadores, sino mas conseruada en el, se le quitasse, y diesse a la hija menor casada con quien tiene otro mayorazgo, contra la intencion expressa de los fundadores.

SE-

Segundo Articulo. 23

ESTE Articulo se diuidira endos partes. En la primera se prouara, que es atentado la- no deste pleyto. En la segunda, que para mas se- guridad del derecho del dicho don Gabriel, se deue recibir a prueua.

Primera parte.

LA Demanda sobre que es este pleyto con- cluyò dos cosas. La vna, que se le diesse la ju dicial y actual possession de los bienes deste mayorazgo. La otra, que en caso que no huuies se lugar, se hiziessen las declaraciones necessa- rias en razon de pertenecerle la sucessiõ del di- cho mayorazgo.

La sentencia fue, declararla por legitima su- cessora, y mandar que se le diesse la possession de los bienes, con los frutos que huuiesse renta do desde la contestacion de la demanda, hasta la real restitucion.

Deste hecho resulta el atẽtado notorio, por que la sentencia derechamente mirando a la se gunda parte de la demanda, declarò por legiti ma sucessora del dicho mayorazgo a la dicha doña Antonia, porque la declarò por tal, y esta palabra, declarar, pertenece a la propiedad y dominio, l. 4. ff. de seruitutibus, l. quæ in aliena, §. fin. vbi Bart. & DD. ff. de negot. gest. l. circa, ff. de probation. Sese, decis. 80. num. 1. Otalora, 3. p. c. 9. n. 7. y es propiamente esta palabra, de- clarar por legitima sucessora perteneciente a la propiedad, porque el que declara, no da nada de nueuo, sino que declara lo que viene de anti guo, Bart. cons. 37. num. 2. volum. 2. Guid. Pap.

 sin-

ſingul.772.num.3. y no haze mas que el labrador, que en la era trilla el grano, quitarle las ariſtas que le encubren: como lo dixo a la letra el Conſulto, in l.adeo, §.cum quis, in fin. ff. de acquirendo rerum dominio.

El ſegũdo efeto que tiene de propiedad, es, que condena en frutos deſde la conteſtacion, efeto propio de demãda en propiedad, que haze legitmo poſſeedor al condenado antes del tiempo de la litiſconteſtacion, y en condenar en el tienpo de deſpues, le abſoluio de los frutos del tiempo de antes, porque es neceſſario antecedente en virtud de la dicha ſentencia, y como contiene condenacion, en el vn tiempo tiene abſolucion de frutos, en el otro en fuerça de forçoſo antecedente, Abb.in c.ſuborta, n.9. de re iud. Caſtrenſ.in l.quod in diem, §.1. nu. 3. ff.de compenſation. Surd.conſ.476.n.11.lib. 4. Y el condenar en frutos del dia de la conteſtacion, arguye buena fee en el tiempo anterior, porque la cauſa de condenar en frutos deſpues de la litiſcõteſtacion, es ſolo por la mala fè preſunta que ſe cauſa contra el poſſeedor, el dia q̃ inficiando ius actoris, cõteſta el pleyto, vt poſt Caſtrenſ.& Felin.notat Balb.de præſcript.3.p. 6.p.principal.num.57. y como la ſentencia cõdena en la reſtitucion de la coſa principal, que es propiedad, que in condenatione, vel abſolutione conſiſtit, l.1.ff.de re iud. en conſequencia viene la condenacion de los frutos deſde la litiſconteſtacion.

La tercera particula que tiene la dicha ſentẽcia, es, que conſecutiuamente deſpues de auer declarado a la dicha doña Antonia por legitima ſuceſſora del dicho mayorazgo, le manda dar la poſſeſsion de los bienes del, y eſta poſſeſsion que le manda dar, es efeto de la dicha de-

cla-

claracion, como lo dize la l.2.§.quantum est,ff. de origine iuris, que se ha de entéder en terminos habiles, que passada en cosa juzgada la sentencia de la declaracion de la legitima sucessiõ se le de la possession de los bienes del vinculo, con los frutos de la litiscontestacion, y este es necessario entendimiento de la sentencia, porque siendo de propiedad en su principal decision, y por el consiguiẽte apelable, como lo son todas las sentencias de la propiedad, la possession, y frutos que se han de pagar, es fuerça sigan la naturaleza del principal, regula accessorium cum similibus, de regul.iur.in 6. Y el auer dicho la sentencia, que se le diesse la possessiõ, no alterò su efeto de propiedad; porque aunq̃ no lo dixera, se entendia, que passada en cosa juzgada, se auia de dar la possession, y en aquella sentencia donde se expressa lo que tacite in ea inest, no muda su naturaleza y efeto, l.actus legitimi, ff. de regul.iuris.

De lo dicho se infiere, que siendo como es en propiedad la dicha sentencia, la apelacion q̃ della legitimamente se interpuso el mismo dia que se notificò, no solo suspendio su efeto, pero lo extinguio, vt post Bald. Bart. & alios, prueua Lanceloto de attentatis, c.12.in præfact.nu. 38. y se causò el ordinario atentado, vt toto titulo, ff. nil nouari appellat.pend. c. cum causa, de officio delegati, c.bonæ memoriæ, c. dilect. de appellat.cap.si à iudice, eodem in 6. Abb. in rubr.de appellat.vbi Decius.n.4. Roman. cõs. 37.n.4. Socin.iun.cons.75.n.24.vol. 4. Lanceloto de attentatis, p.2.c.12.nu.75. Escac. de appellat.q.3.n.48.cum seqq. y no solo el juez atẽtò, pero contrauino a la disposicion de la l.13.titu.17.lib.4.recop. q̃ pone pena de 30U. marauedis al juez que no otorga la apelaciõ en las cau

sas

ſas donde ſe deue otorgar, y juſtamente; porq̃ demas del agrauio q̃ haze al poſſeedor a quien tanto el derecho fauorece, como ſe vee en la l. is qui deſtinauit, ff. de reiuendicat. y cauſarle tã tos gaſtos en recobrarla, ofende tambiẽ la mageſtad de los ſeñores Iuezes, a quien ſe le debuelue en el ſuſpenſiuo y deuolutiuo en las cauſas ordinarias la apelacion; y por eſto ſe dize, q̃ la apelacion liga las manos del juſto, ſuſpende la juriſdicion, y exime al apelante de ſu juriſdicion, c. dilectus filius, vbi Butr. & Imol. de reſcrip. Bald. in l. aditos, n. 2. C. de Epiſc. Aud. Lap. allegat. 2. Pariſ. conſ. 17. nu. 23. vol. 4. Surd. conſ. 139. n. 4. lib. 1.

Quando la ſentẽcia huuiera ſido de ſola poſſeſsion, no ſe podia executar de qualquier ſuerte que ſe conſidere; porque ſi ſe conſidera eſte pleyto en los terminos de la l. 45. de Toro (que no eſtamos en ellos, porque quando ſe puſo la demanda, ya la dicha doña Antonia tenia contra ſi los autos de viſta y reuiſta del Conſejo,) la ſentencia del Iuez ordinario no ſe podia executar, porque el intentado en la demanda, era remedio que tenia en ſi admixto el derecho de la propiedad, hoc eſt, ventilarſe muy de propoſito, ſi conforme a la fundacion la dicha doña Antonia hembra, y hermana ſegunda, ſe deuia preferir en la poſſeſsion al dicho dõ Gabriel ſu hermano varon mayor, en cuyo caſo la apelacion del poſſeedor tiene entrambos efetos, ſuſpenſiuo, y deuolutiuo, aſsi lo reſueluẽ, ex Bart. Tiraq. Couarr. Villalobos, y otros autores que refieren y ſiguen Molina, lib. 3. c. 13. n. 17. Gracianus, regul. 413. n. 4. O ſe conſidera, quando el remedio poſſeſſorio ſe intenta por demanda ordinaria, dirigida contra poſſeedor conocido de los bienes del mayorazgo: y en eſte caſo para

pre-

pretender possession, no puede considerarse el efeto de la l. 45. de Toro, porque la possession ciuil y natural que en virtud de la dicha ley se transfiere por muerte del tenedor en el siguiente en grado, no dura en el, sino que la pierde cō el discurso del tiempo, y se pierde por la possession que otro toma destos bienes despues de muerto el tenedor, porque no tiene, ni puede tener esta possession que la ley trāsfiere sin acto de aprehension, efecto durable que no pueda perderse, y caer della el posseedor, despues q̄ la ley se la difirio, como caen y pueden caer los verdaderos posseedores, y asi todas las vezes que otro que pretende ser tambien legitimo sucessor la toma despues de la muerte del tenedor, la pierde por el tiempo aquel a quiē la ley se la difirio; asi lo determinò Rafael Cumano en estatuto semejante a la dicha l. 45. de Toro, in l. Pomponius, §. quæsitum, ff. de acquir. pos. la qual decision refiere por notable Alexād. in l. cum hæredes, ff. de acquir. posses. & cons. 82. n. 4. lib. 2. Ias. in l. si sorori, n. 2. C. de iure deliberandi, Rubeo, cons. 121. Cephalo, cons. 479. nu. 62. Beccio, cons. 207. nu. 7. lib. 2. Y esta decision abraçò la l. 9. d. tit. 7. lib. 5. recop. porque manutiene en su possession al que pretendiendo ser sucessor en el mayorazgo, tomò la actual possession de los bienes del, y estuuo en ella seys meses continuos, y deniega el remedio de la tenuta, y por la l. 3. tit. 15. lib. 4. recop. se dispone, que el posseedor de año y dia no tenga obligacion a responder sobre la possession, y el dicho don Gabriel no solo lo es de año y dia; pero de cinco años continuos despues de la muerte de su abuelo, con vista, sciencia, y paciencia de la dicha doña Antonia, y del dicho don Antonio su hermano, y asi entrò en este juyzio destituy

da de todo derecho a la possession, y era notorio el atentado, quando la sentencia huuiera sido sola possessoria.

Segunda parte.

EL dicho don Gabriel en esta segunda instancia se ha ofrecido a prouar, y assimismo como el atentado, este articulo se reseruò para la difinitiua, y es fuerça que para mas satisfacion de la justicia del dicho don Gabriel se reciba a prueua, por quãto el vltimo posseedor deste mayorazgo, que fue el dicho don Pedro de Ouando, declarò por sucessor del al dicho don Gabriel su nieto mayor, que en sucession dudosa la declaraciõ del vltimo posseedor es de mucha consideracion, y ponderacion, como lo notò Molina de primogen. lib. 1. cap. 8. nume. 38. Y para hazer mas clara esta declaracion, se alega por parte del dicho don Gabriel en esta instancia de la Audiencia, que assi lo auia entendido de los fundadores, y del dicho Iuan de Ouãdo Perero su padre, que auian dicho, que su voluntad auia sido, que en la descendencia del dicho Iuan de Ouando Perero auia de suceder siẽpre el hijo mayor.

Este articulo consiste en la prueua, y es de mucha importancia, como por sentencia de Papiniano, se decidio en la l. cum virum 16. C. de fideicommissis, ibi: *Sanè quoniam in fideicommissis, voluntas magis, quam verba plerunque intuẽda est, si quas pro rei veritate, prȩtereà probationes habes ad commendandam hanc patris voluntatem, quam fuisse ad se veras, apud Prȩsidem Prouinciȩ experiri non vetaris*: ex quo textu idem notant Bart. Bald. & Salicetus.

Y no

Y no es de consideracion para impedir la dicha prueua, dezir, que la fundació se hizo año de 1542. y assi por auer passado mas ɗ 80. años no ha de auer testigos que depongan: Porque se responde, que no por el dia de la fundacion se saca la muerte de los fundadores, que viuieron muchos años despues; y para proponer esta excepcion auia de cõstar del dia de su muerte, y tambien el dicho Iuan de Ouando Perero, que al tiempo de la fundacion era nacido, y alcançò muchos años a los fundadores, lo supo y entendio; y esto es lo alegado de nueuo, y en que está ofrecida la prueua, que no se puede negar, porque lo no alegado, ni prouado en la primera instancia, es licito alegallo y prouallo en la segunda, l. per hanc, C. de appellationib. vbi Bart. Salicet. & Castrensis notant Puteus, decis. 184. nu. 4. & 5. Hieronymus Leo. decis. 42. num. 2.

Y no es de consideracion dezir, que en vna peticion que se presentò, firmada de vno de los Letrados de la dicha doña Antonia, se dio por prouado todo lo que en esta razon se alegó por el dicho don Gabriel; porque no ay poder presentado en el pleyto por donde el Procurador, y Letrado lo pudiessen confessar, y darlo por prouado; y assi lo dixeron en la sala los Letrados de la dicha doña Antonia, quando los del dicho don Gabriel hizieron instancia en la dicha confession: y en materia de sucession de mayorazgo, como se trata del perjuyzio de todos los sucessores, no son parte los litigantes para confessarse los derechos resultantes de hechos que ellos no pudieron, segun sus edades, alcançar, como es el deste pleyto, que la dicha doña Antonia que litiga, como menor, no pudo alcançar a los fundadores, ni al dicho Iuan

de

de Ouando Perero primero sucessor; y es fuerça se alegue despues teniendo sentencia en fauor, como es fuerça tenga el dicho dõ Gabriel, que fue en virtud desta confessiõ, y que huuo colusion, y assi no quedò el derecho firme, iusta textum, in l. si seruus plurium, §. 1. & §. si quis ante, ibi: *Vel minus plenè defendit causam*, ff. de legatis 1. l. ex contractu, ibi: *Nisi culpa tutoris*, ff. de re iud. l. á sententia, l. si perlusorio, ff. de appellationibus, l. si sponsus, §. si vxor, vers. Si modo cum animũ, ff. de donationibus, vbi latê notant DD.

De donde resulta deuerse reuocar por atentado la possession dada de los bienes deste mayorazgo a la dicha doña Antonia, y deuer el pleyto recibirse a prueua en esta primera instãcia del Audiencia, sobre lo nueuamente alegado. Et ita speramus faciendum: Salua la dignissima correccion de V. m.